Der gewerbliche Akkordvertrag und seine Unterstellung unter das Dienstvertragsrecht

(Teildruck)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität in Göttingen

vorgelegt von

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Max Streckwald
Referendar aus Hannover

Berlin 1920
Emil Ebering
Mittelstraße 29.

Gutachter: Prof. Dr **Oertmann**

Mit Genehmigung der Fakultät gelangt hier nur ein Teil der eingereichten Arbeit zum Abdruck; die ganze Abhandlung erscheint als Heft der „Rechtswissenschaftlichen Studien“ im Verlage von Emil Ebering, Berlin NW. 7, Mittelstr. 29.

Der gewerbliche Akkordvertrag und seine Unterstellung unter das Dienstvertragsrecht

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548107_0029

Inhalt.

	Seite
Literatur	VII
Einleitung	1
I. Hauptteil:	
Begriff und Wesen des Arbeitsvertrages und des Akkordvertrages.	
§ 1. Der Arbeitsvertrag	3
§ 2. Die Einteilung des Arbeitsvertrages in Zeitlohn- und Akkordverträge	8
§ 3. Die verschiedenen Arten des Akkordvertrages	11
II. Hauptteil:	
Der gewerbliche Akkordvertrag und seine Unterstellung unter das Dienstvertragsrecht.	
§ 4. Definition des gewerblichen Akkordvertrages	18
§ 5. Gegenüberstellung von Dienst- und Werkvertrag	21
§ 6. Stellung der Rechtsprechung und Literatur zur Frage der Unterstellung	27
§ 7. Eigene Ansicht	38
III. Hauptteil:	
Die Anwendbarkeit der einzelnen Dienstvertragsvorschriften auf den gewerblichen Akkordvertrag.	
§ 8. Quantitative Unterwirkung bei Annahmeverzug	42
§ 9. Quantitative Unterwirkung bei persönlicher Verhinderung des Arbeitsnehmers und bei Unmöglichkeit der Leistung	47
§ 10. Qualitative Unterwirkung	53
§ 11. Kündigung	62
§ 12. Fürsorgepflicht	70
§ 13. Erörterung der restlichen §§ des Dienstvertrages und einiger des Werkvertrags	72
Schlußbetrachtungen	74

Literatur

1. **Lehrbücher:**

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. 1899—1900.
Dernburg: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. Auflage 1915.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1906.
Enneccerus-Kipp u. Wolff: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 6.—8. Aufl. 1912.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2 Bände 1906.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag, 2 Bände 1902 und 1908.

2. **Commentare:**

Landmann-Rohmer: Commentar zur Gewerbeordnung 1907.
Neukamp: Commentar zur Reichsgewerbeordnung 1896.
Oertmann: Commentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Aufl. 1910.
Planck: Commentar zum BGB. Bd. 2, 3. Aufl.
Schollmeyer: Commentar zum Recht der Schuldverhältnisse im BGB. 2. Auflage.
Staudinger: Commentar zum BGB., 7. und 8. Aufl. 1912.
Staub: Commentar zum HGB. 9. Aufl. 1913.

3. **Monographien.**

Abt: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft Bd. 55, 1899.
Baum: Das Recht des Arbeitsvertrags, Leipzig 1911.
Bernhard: Die Akkordarbeit in Deutschland, Leipzig 1903.
Brentano: Der Unternehmer 1907.
Conrad: Grundriß der politischen Oekonomie.
Crome: Partiarische Rechtsgeschäfte, 1897.
Elster: in Deutscher Juristenzeitung XV. No. 14.
— in GG. und KG. 16. Jahrgang No. 1.
Flesch: in D. J. Z. XI. No. 16—17.
Franke: Gutachten für den 28. deutschen Juristentag II. No. 13.
Geßler: in Rechtspflege in Bayern, III No. 7.
Hachenburg: Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB.
Jacobi: in Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 4.
Ihrig: Rechtsfragen beim Gruppenakkordvertrag. 1916.

Kausch: Die rechtliche Natur des gewerblichen Akkordlohnvertrages. Dissertation aus Jena 1913.
Kleeis: Die Auflösung des Arbeitsvertrages bei den gegen Akkordlohn Beschäftigten, in GG. und KG. XX. No. 12.
Köhne: Im Archiv für bürgerliches Recht XXIX Heft 1.
— Dienstvertrag und Werkvertrag in GG. und KG. XI. No. 3.
Körsten: In den Sozialistischen Monatsheften 1905.
Lotmar: Im Archiv für bürgerliches Recht 38, Heft 3.
— Im Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, Bd. XV, 1900.
Lütgebrune: Der Akkordvertrag zwischen Ziegeleibesitzer und Ziegelmeistern, Berlin 1912.
Martius: Bergführervertrag, 1906.
Marx: Kapital.
Meschelsohn: Referat für den 28. deutschen Juristentag III.
Meyer-Abtsberg: in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern XIII No. 11 und 12.
Möller: Die rechtliche Natur des Akkordlohnvertrages nach dem BGB. Doktordissertation aus Straßburg.
Oertmann: Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug in Arch. Ziv. Prax. Bd. 116 Heft 1.
Philippowisch: Politische Oekonomie.
Riem: Die Lage der Glasmacher. Herausgegeben von deren Verband.
Riezler: Der Werkvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Jena 1900.
Rümelin: Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905.
Schindler: Der Gruppenakkordvertrag, Dissertation Würzburg 1917.
Schlegelberger: Landarbeiterrecht 1907.
Schmoller: Allgemeine Volkswirtschaftslehre.
Sigel: Der gewerbliche Arbeitsvertrag, Stuttgart 1903.
Sinzheimer: Lohn und Aufrechnung, Berlin 1902.
Stadthagen: Arbeiterrecht, III. Aufl., Stuttgart 1900.
Titze: Unmöglichkeit.
West: Verfehlte Akkordpolitik, Berlin 1905.
Wölbling: Der Akkordvertrag und der Tarifvertrag, Berlin 1908.
— Gutachten für den 28. deutschen Juristentag, I. No. 6.
— Akkordvertrag und Tarifvertrag auf dem 28. deutschen Juristentag in GG. und KG., XII. No. 1.
— Grundsätze des Akkordvertrages in sozialer Praxis XV, No. 5.
— in sozialer Praxis XV, No. 48.
— in D. J. Z. XIV No. 24.

4. Verschiedenes.

Die Tätigkeit der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte im Reichsarbeitsblatt VII. No. 3, 7 und 9.

Rechtsprechung in GG. und KG. 17. Jahrgang No. 12, S. 372 und XX. Jahrgang No. 12.
GG. und KG. 15. Jahrgang No. 12, Verbandstagsschrift zur Versammlung des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, Köln a. Rh. am 15., 16. und 17. Januar 1910.
Motive zum Erstentwurf des BGB.
Protokolle über die Kommissionsverhandlungen des II. Entwurfes.

Abkürzungen:

BGB.: Bürgerliches Gesetzbuch.
D. J. Z.: Deutsche Juristenzeitung.
GGG.: Gewerbe-Gerichts-Gesetz.
Gew. O.: Gewerbeordnung.
GG.: Gewerbe-Gericht.
GG. u. KG.: Die Zeitschrift das Gewerbegericht und Kaufmannsgericht.
HGB.: Handelsgesetzbuch.
KGG.: Kaufmannsgerichtsgesetz.
KO.: Konkursordnung.
M.: Motive.
PR.: Protokolle.
RAO.: Rechtsanwalts-Ordnung.
R. G. E.: Reichsgerichtsentscheidung.
ZPO.: Zivilprozeßordnung.

II. Hauptteil

Der gewerbliche Akkordvertrag und seine Unterstellung unter das Dienstvertragsrecht.

§ 4. Definition des gewerblichen Akkordvertrages.

Nachdem wir im Vorhergehenden den Akkordvertrag im allgemeinen betrachtet haben, wollen wir uns nunmehr gänzlich dem gewerblichen Akkordvertrage zuwenden.

Es ist nicht die Aufgabe unserer Arbeit, den gewerblichen Akkordvertrag an der Hand der einschlägigen Bestimmungen der Gew.-O. zu untersuchen, sondern es soll nach kurzer Definition und Hervorhebung nur der für unsere Aufgabe wichtigen gewerberechtlichen Vorschriften seine Unterstellung unter das Dienst- oder Werkvertragsrecht, sowie nach Entscheidung dieser Frage die Anwendbarkeit der Vorschriften des Dienstvertrags auf ihn untersucht werden.

Nach § 3 GGG. sind Arbeiter nur die im Titel 7 der Gew.-O. Aufgeführten, und nur deren Arbeitsverträge sind im Sinne der Gew.-O. gewerbliche Arbeitsverträge. Eine Ausnahme hiervon bilden die Heimarbeitsverträge, die im Hausarbeitsgesetz vom 20. Dezember 1911 geregelt sind. Nur einige wenige Vorschriften der Gew.-O. finden auf sie Anwendung. Da aber in den §§ 119 b und 125 Gew.-O. auf sie Bezug genommen wird, können auch sie als gewerbliche Arbeitsverträge angesprochen werden.

Für den gewerblichen Akkordvertrag gilt alles das, was in den vorhergehenden Paragraphen über Akkordverträge im allgemeinen gesagt ist, und besonders kommen auch sie in sämtlichen in § 3 angeführten Arten vor. Es ist also nicht, wie vielfach angenommen wird,[1] der gewerbliche Akkordvertrag identisch mit dem Stücklohnvertrag, sondern dieser ist eine Form, in der der gewerbliche Akkordvertrag auftreten kann.

Während der gewerbliche Arbeitsvertrag in Zeitlohnform viel-

1. So macht z. B. auch Rümelin a. a. O. S. 29 keine klare Unterscheidung zwischen beiden.

fach mündlich abgeschlossen wird,[2] fixiert man ihn, wenn er in Akkordform geschlossen wird, meist schriftlich. Dies liegt darin begründet, daß der Akkord eine weit größere Vielgestaltigkeit aufweist als der Zeitlohnvertrag, und bei ihm das Bedürfnis vorliegt, zu seiner Klärung ins einzelne gehende Bestimmungen zu treffen. Durch die Gew.-O. wird den Parteien die Beurkundung des Vertrages durch sogenannte Akkordzettel anheim gegeben (§ 114a). Sind jedoch für bestimmte Gewerbe vom Bundesrat oder den durch § 114e Gew.-O. dazu ermächtigten Behörden Akkordzettel vorgeschrieben, so müssen sie auch den Erfordernissen der §§ 114a und b Gew.-O. entsprechen. Für größere Betriebe ist im § 134a die Aufstellung von Arbeitsordnungen vorgeschrieben.

Die Akkordform ist für den gewerblichen Arbeitsvertrag hauptsächlich aus wirtschaftlichen Gründen eingeführt worden. Weil der Arbeitsaufwand des im eigenen Interesse arbeitenden Arbeiters, der seine ganze Intelligenz und individuelle Begabung zu betätigen sucht, eine weit größere ist, als beim Zeitlohnvertrag, ist auch die Produktion eine größere als bei letzterem.

Sowohl Arbeitgeber wie -Nehmer finden beim Akkord ihre Vorteile. Der Arbeitgeber behält zwar die Leitung der Arbeit in der Hand, kann aber an Aufsichtspersonal sparen, weil der Arbeiter durch Aussicht auf besseren Verdienst von selbst zum Fleiß angehalten wird. Die Berechnung des Preises der hergestellten Erzeugnisse ist bedeutend erleichtert, da die Arbeitskosten der einzelnen Produkte beim Akkordvertrag im Gegensatz zum Zeitlohnvertrag genau feststehen, ein für den Arbeitgeber nicht zu unterschätzender Vorteil. Dem Arbeitnehmer bietet andererseits der Akkord die Möglichkeit, seinen Verdienst durch erhöhten Fleiß und entsprechend seiner Geschicklichkeit zu vermehren; auch kann er durch Uebernahme einer größeren Akkodarbeit sich ein Arbeitsverhältnis von längerer Dauer sichern.

In der Gew.-O. wird die Akkordform nur in wenigen Paragraphen erwähnt, so z. B. in den §§ 114a Ziff. 1, 115, 124 Ziff. 4, 134b Ziff. 2. Hierdurch wird nun allerdings bewiesen, daß der gewerbliche Arbeitsvertrag in Akkordform auftreten kann, aber es ist nicht möglich, hieraus zu schließen, welchem übergeordneten Vertragstyp der gewerbliche Akkord zu unterstellen ist.

Nur für die höheren gewerblichen Arbeiter (Betriebsbeamte usw.) besteht kein Zweifel, daß die Vorschriften des Dienstver-

2. Vgl. hierzu die bei Lotmar a. a. O. II, S. 437 Anm. 1 zit.

trages subsidiär auf ihre Arbeitsverträge Anwendung finden, weil die Gew.-O. selbst durch die Bezeichnung Dienstverhältnis[3] für das bestehende Arbeitsverhältnis diesen Vertrag als Dienstvertrag hinstellt. Für die Arbeitsverträge der übrigen gewerblichen Arbeiter fehlen derartige Anhaltspunkte.

Wir haben bis jetzt unsere Behauptung, daß nämlich für die Subsumtion des gewerblichen Akkordvertrages nur das Dienst- oder Werkvertragsrecht in Frage kommt, unbegründet gelassen; dies sei jetzt nachgeholt.

Da der Inhalt der gewerblichen Akkordverträge Arbeit jeglicher gewerblichen Art sein kann, haben wir bei der Frage nach seiner Unterstellung nach Vertragstypen zu suchen, die gegen die Art der Arbeit unempfindlich sind. Diese sind aber nur die im 7. Abschnitt des 2. Buches des BGB. im Titel 6 und 7 geregelten Vertragsarten des Dienst- und Werkvertrages. Aus diesem einfachen und ausreichenden Grunde bezieht und beschränkt sich die Subsumtion des gewerblichen Akkordvertrages auf das Dienst- und Werkvertragsrecht. Beide Vertragsarten sind auch der Akkordform zugänglich. Dies wird für den Werkvertrag durch seine im § 631 BGB. ausgesprochene Definition bewiesen. Aber auch der Dienstvertrag kennt die Akkordform, wie uns § 623 BGB. zeigt, aus dem hervorgeht, daß die Vergütung auch in anderer Form als in Zeitlohnform — d. h. also auch in Akkordform berechnet sein kann. Diese Ansicht steht jetzt unwidersprochen da. So sagt Oertmann[4] „diese Bestimmung findet Anwendung, wenn dem Arbeiter Stücklohn als Vergütung zugesagt ist," Planck,[5] „daraus, daß die Vergütung als Zeitlohn oder daß sie als Stücklohn gezahlt wird, kann die Entscheidung, ob Dienst- oder Werkvertrag vorliegt, nicht entnommen werden".[6]

Da nun aus dem Gesetz selbst nicht zu entnehmen ist, welcher Vertragsart der gewerbliche Akkordvertrag zu unterstellen ist, müssen wir bei Erörterung dieser Frage auf die Stellung der Rechtsprechung und Literatur hierzu näher eingehen. Um allerdings deren Stellungnahme verstehen und beurteilen zu können,

---

3. In den §§ 133 a—d, 133 f Gew. O.
4. Oertmann a. a. O. zu § 623.
5. Planck a. a. O., S. 349.
6. Vgl. ebenfalls Endemann, Commentar zum BGB., S. 1101. Staudinger a. a. O. S. 380 u. 395. Lotmar a. a. O. II, S. 343. Kohler, S. 347 Anm. 4. Auch Dernburg, der früher anderer Ansicht war, ist jetzt der herrschenden Meinung beigetreten vgl. S. 529 Anm. 17.

ist vorher eine Gegenüberstellung beider Vertragsarten zur Ergründung ihres Wesens und ihrer Unterscheidungsmerkmale erforderlich.

§ 5. Gegenüberstellung von Dienst- und Werkvertrag.

Um den Unterschied zwischen beiden Verträgen festzustellen, müssen wir zunächst beachten, daß wir das Unterscheidungsmerkmal nicht nach den Rechtsfolgen, die die Verträge haben, festsetzen dürfen,[7] sondern daß wir uns nur nach dem Tatbestand, wie er uns in den §§ 611 und 631 BGB. vorliegt, zu richten haben. „Denn ein Arbeitsvertrag ist nicht Dienstvertrag oder Werkvertrag, weil er gewisse Rechtsfolgen hat, sondern weil er Dienst- oder Werkvertrag ist, hat er gewisse Rechtsfolgen.[8]

> § 611. „Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet."
>
> § 631. „Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet".

Die Motive,[9] die dem Erstentwurf beigegeben sind, bemerken hierzu: „Worin das wesentliche Merkmal beider Verträge zu finden ist, und wodurch sich der eine Vertrag von dem anderen unterscheidet, ergibt die Vergleichung beider Paragraphen mit voller Klarheit. Gegenstand des Dienstvertrages sind die Dienste für sich betrachtet oder die Arbeit als solche, Gegenstand des Werkvertrages ist das Werk oder das Erzeugnis der Dienste oder der Arbeit. Bei dem Dienstvertrag wird für die Arbeit als solche, bei dem Werkvertrag für das Arbeitsprodukt die Vergütung versprochen."

Auf den ersten Blick hin scheint diese Unterscheidung klar und einfach anwendbar zu sein. Greift man aber nur einmal ein

---

7. Damit weisen wir alle Unterscheidungsmerkmale der Literatur, die auf die Rechtsfolgen abgestellt sind, zurück, so besonders das Recht des Arbeitsgebers, die Arbeit zu leiten, worauf wir noch im § 6 bei der Erörterung der Ansicht Wölblings näher eingehen werden.

8. Vgl. Lotmar a. a. O. II, S. 827.

9. M. II, S. 471.

Beispiel aus dem praktischen Leben heraus, so ergeben sich sofort Zweifel. Um die Unzulänglichkeit dieses Unterscheidungsmerkmals zu beweisen, wählt Rümelin[10] ein täglich vorkommendes Beispiel. Ein Herr tritt in einen Friseurladen, um sich die Haare schneiden zu lassen. Schon hierbei ist es einigermaßen zweifelhaft, ob die Tätigkeit oder das Resultat des Haarschneidens den Inhalt des Vertrages ausmacht, und es ist schwierig, danach zu entscheiden, ob hier ein Werk- oder Dienstvertrag vorliegt.

Nicht zum mindesten ist diese Schwierigkeit darin begründet, daß, wie wir schon oben betonten, jede Dienstleistung auch einen gewissen Erfolg bezweckt, um dessenwillen die Parteien den Vertrag überhaupt nur abschließen, und daß andererseits meist auch die Herbeiführung eines Erfolges auf Arbeit beruht.

Sigel[11] hat also nicht ganz Unrecht, wenn er im Hinblick auf diese zweifelhaften Fälle sagt: „Es ist das Schlagwort der „Arbeit als solche" für die jetzige Zeit ganz unbrauchbar". Auch andere Schriftsteller weisen auf die Schwierigkeiten der Unterscheidung zwischen beiden Verträgen in dem von den Motiven angeführten Sinne hin.[12]

Immerhin können wir doch aus den Ausführungen der Motive das für uns entnehmen, daß beim Dienstvertrag die Dienstleistung den wesentlichen Inhalt des Vertrages bildet, beim Werkvertrag jedoch der Erfolg. Wir müssen nun versuchen, auch für die Fälle, in denen dieses Unterscheidungsmerkmal nicht zum Ziele führt, einen anderen ebenfalls aus dem Tatbestande sich ergebenden Unterschied zwischen beiden Verträgen festzustellen. Betrachten wir nun einmal die im § 631 für den Werkvertrag gegebene Definition genauer. Wenn hier festgesetzt ist, daß erst die Herstellung des Werkes ihre Vergütung finden soll, so ist damit gesagt, daß bis zur Herstellung keine Vergütungs- oder Ersatzpflicht besteht. Sinngemäß ist damit also ausgesprochen, daß der Unternehmer die Gefahr übernimmt. Wir können uns also ganz den Worten Rümelins,[13] der zuerst dies als wichtigstes Unterscheidungsmerkmal herausgefunden hat, anschließen. „Daß bei versprochenem Erfolg, also beim Werkvertrag, die Bezahlung nur geschuldet wird, wenn der Erfolg erreicht ist, während beim

10. Rümelin a. a. O. S. 2.

11. Sigel der gewerbliche Arbeitsvertrag, S. 7.

12. Vgl. Endemann Lehrbuch des BGB. § 175, Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 611 ff. Rümelin a. a. O., S. 10 Riezler a. a. O., S. 42. Lotmar II a. a. O., S. 864.

13. Rümelin a. a. O. S. 17, ähnlich Riezler a. a. O., S. 43/44.

Dienstvertrag die Dienste ohne Rücksicht auf den Erfolg zu bezahlen sind, kann auch so ausgedrückt werden, daß beim Werkvertrag der Unternehmer die Gefahr trägt".

Falls also die Parteiintentionen auf eine solche Gefahrübernahme hingehen, haben wir stets einen Werkvertrag, in allen anderen Fällen Dienstverträge vor uns. In der Regel ist auch ein Parteiwille, daß das Entgelt nur gezahlt wird, wenn der Erfolg auch eintritt, erkennbar.[14]

Für diese Ansicht sprechen einmal die Motive in der angeführten Stelle, ferner auch ein Teil der Literatur.[15] Sollen wir bei einem Vertrage entscheiden, ob er Dienst- oder Werkvertrag ist, so wird es sich manchmal leichter feststellen lassen, daß das Hauptinteresse der Partei in dem Arbeitsergebnis liegt, manchmal wird der Wille, die Gefahr zu übernehmen, klarer zu Tage treten. Es läßt sich dann einerseits daraus, daß der Arbeitnehmer die Gefahr übernimmt oder nicht, schließen, daß das Arbeitsergebnis oder die Arbeit selbst der Gegenstand des Vertrages ist, und umgekehrt daraus, daß die Arbeit und nicht das Arbeitsergebnis den Inhalt des Vertrages bildet, schließen, daß der Arbeitnehmer die Gefahrübernahme ablehnt oder zusagt. Wir haben also keine zwei verschiedenen Merkmale vor uns, sondern nur eins, das nur in zwei verschiedenen Formen zutage treten kann. Läßt sich eine Form mit Bestimmtheit feststellen, so ist dies genügend, um die Art des Vertrages bestimmen zu können.

Diese Ansicht wird von Lotmar verworfen,[16] der dagegen anführt, Rümelin sei in den alten Fehler, der vielfach in der Literatur gemacht sei, verfallen, daß er die Unterscheidungsmerkmale aus den Rechtsfolgen, statt, wie allein richtig, aus dem Tatbestand abgeleitet habe. Dies ist jedoch nicht der Fall. Schon aus der Fassung, in der Rümelin uns seine Ansicht vorführt, ist zu erkennen, daß er diese Unterscheidungsmerkmale gerade aus dem Tatbestande geschöpft hat. Er kleidet ja nur die im § 631 BGB. gegebene Definition in andere Worte und zieht aus ihm den genannten Schluß.

Als ferneres Beweismittel werden gegen die Ansicht Rümelins die §§ 641 und 644 BGB. herangezogen. Aus ihnen wird folgendes geschlossen: Wenn die Gefahrtragung des Unterneh-

14. Vgl. Riezler „der Werkvertrag", S. 44.

15. Oertmann a. a. O., Vorbem. zu § 611. Riezler a. a. O., S. 43/44.

16. Lotmar a. a. O. II, S. 888 und S. 828/29. Ebenfalls von Staudinger a. a. O. Vorbem. zu § 631 III 1 vgl. auch Enneccerus I 2, S. 403 Anm. 4.

mers schon im Tatbestande, also durch den § 631, fixiert wäre, dann würden sich die §§ 641 und 44 erübrigen; es sei mit anderen Worten nicht einzusehen, wozu der Gesetzgeber die Gefahrtragung des Unternehmers in besonderen Paragraphen normiere, wenn es sich schon als selbstverständlich aus dem Tatbestande ergebe, daß er die Gefahr trüge.

Demgegenüber sei bemerkt, daß durch den § 644 BGB. nur der Zeitpunkt festgestellt werden soll, bis zu dem der Unternehmer die Gefahr zu tragen hat und durch § 641 BGB. der Augenblick, in dem die Vergütung zu zahlen ist, falls sie nicht wegen Mißlingens des Werkes überhaupt wegfällt.

Auch hierfür seien zum Beweise die Motive[17] angeführt: „Weniger selbstverständlich erscheint dagegen der Grundsatz, daß die Vorleistungspflicht des Uebernehmers nicht schon mit der Vollendung des Werkes, sondern erst mit der Abnahme desselben erfüllt ist, und demzufolge der Uebernehmer bis zur Abnahme die Gefahr zu tragen hat. Zwar kann auch dieser Grundsatz aus dem Wesen des Werkvertrages und den allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden, aber bei der großen Wichtigkeit der Frage und mit Rücksicht auf die in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis über das Wesen des Werkvertrages und speziell über die hier in Rede stehende Frage herrschenden Meinungsverschiedenheiten darf das Gesetz in der fraglichen Beziehung sich nicht schweigend verhalten."

Da die Unzulänglichkeit des Unterscheidungsmerkmals der Motive zu offenkundig ist, sind in der Literatur Versuche in den verschiedensten Richtungen angestellt, um ein anderes Unterscheidungsmerkmal herauszufinden. Wir wollen nur die wichtigsten herausgreifen. Ein ebenfalls auf den Tatbestand gestütztes, also im Verfahren richtiges, Unterscheidungsmerkmal wird von manchen in der Stellung des Arbeitnehmers gesehen. Beim Werkvertrag des BGB. wird der Arbeitnehmer „Unternehmer" genannt. Hieraus wird gefolgert, ein Vertrag, dessen Arbeitnehmer nicht „Unternehmer" sei, könne nicht Werkvertrag sein. Der Begriff „Unternehmer" wird im nationalökonomischen Sinne ausgelegt. Besonders Ihrig[18] begründet diese seine Ansicht eingehend aus der Entwicklung des Dienst- und Werkvertragsrechts.

Selbst wenn wir annehmen würden, daß der Gesetzgeber

17. Vgl. Motive II, S. 498.

18. Ihrig a. a. O., S. 32. Aehnlich Stadthagen S. 100 fg. Hachenburg „Dienstvertrag und Werkvertrag" S. 7, Sigel S. 8/9. Köhne im Arch. f. Bürgerl. Recht Heft 1 S. 50.

dem Worte „Unternehmer“ eine nationalökonomische Färbung hat geben wollen, so stoßen wir hierbei schon auf Schwierigkeiten, denn in der Nationalökonomie ist dieser Ausdruck keineswegs feststehend. Viele, z. B. Schmoller,[19] Conrad,[20] Philippovich[21] sehen in dem Unternehmer denjenigen, der Kapital und fremde Arbeitskräfte einsetzt, um für seine Rechnung entweder Waren herzustellen oder Dienste zu leisten. Dagegen ist nach Brentano[22] „jeder Arbeiter, der seine Arbeitsleistung an einen Arbeitgeber verkauft, gleichfalls Unternehmer“. Brentano nimmt also völlig von den oben genannten Begriffsmerkmalen Abstand. In welchem Sinne nun das BGB. den Begriff „Unternehmer“ gedacht haben soll, läßt sich aus dem Gesetz nicht entscheiden.

Wenn Ihrig[23] gerade daraus, daß bei der Beratung des Ersten Entwurfes die Bezeichnung „Uebernehmer“ für den Arbeitnehmer des Werkvertrages in „Unternehmer“ geändert wurde, schließt, daß der Gesetzgeber dem Worte Unternehmer eine ökonomische Bedeutung beilegen wollte, so müssen wir gerade umgekehrt daraus schließen, daß diese Umnennung ohne Angabe eines besonderen Grundes vorgenommen wurde, daß dem Ausdruck Unternehmer keine nationalökonomische Bedeutung beigelegt werden sollte, und somit eine Beschränkung des Anwendungsgebietes des Werkvertrags herbeigeführt werden sollte.[24]

Schließlich wird noch als Unterscheidungsmerkmal die Vertragszeit angeführt.[25] Der Hauptunterschied zwischen beiden Verträgen soll darin bestehen, daß für den Dienstvertrag im Gegensatz zum Werkvertrage eine gewisse Dauer begriffswesentlich, also eine Fristbestimmung erforderlich sei. Crome[26] sagt: Der Werkvertrag statuiert ein seiner Natur nach vorübergehendes Verhältnis, das von keiner unbegrenzten Dauer ist. Mit Rümelin[27] lehnen wir beides ab. Es ist nicht richtig, daß der Dienstvertrag einer Fristsetzung bedarf, denn es gibt auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Dienstverträge, auch ist nicht ersichtlich, warum ein Werkvertrag — wenn man sich z. B. zur Herstellung eines jahrelange Arbeit erfordernden Werkes verpflichtet — ein vorüber-

19. Allgemeine Volkswirtschaftslehre S. 413.
20. Grundriß der politischen Oekonomie, S. 291.
21. Politische Oekonomie Bd. 1, S. 109, 114.
22. Vgl. Brentano „der Unternehmer“ S. 19/26.
23. Aehnlich Wölbling „Akkord und Tarif“ S. 82.
24. Lotmar a. a. O. II S. 893.
25. So Jacobi im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 4 S. 141/42. 152.
26. Crome a. a. O. S. 843.

gehenderes Verhältnis setzen soll, als ein Dienstvertrag — bei dem ein Dienstmann für eine halbe Stunde verpflichtet wird. —

Endlich sei noch die Frage aufgeworfen, ob Dienst- und Werkvertrag so streng von einander zu scheiden sind, daß man nicht die Vorschriften des einen Vertrages auf Verträge, die der anderen Vertragsart zu unterstellen sind, anwenden kann. Die Entscheidung dieser Frage ist für unsere Arbeit von größter Wichtigkeit. Wenn wir nämlich den Akkordvertrag dem Dienstvertrag unterstellen, werden wir finden, daß dieser keine eingehende Regelung des Akkordes gibt, sondern Lücken aufweist. Diese Lücken könnten wir bei Bejahung der Frage mit Vorschriften aus dem Werkvertragsrecht ausfüllen.

Rümelin beschäftigt sich hiermit in seinem Buch „Dienstvertrag und Werkvertrag" eingehend und kommt nach langen Ausführungen zu dem Schluß, daß die Vorschriften des einen auf Verträge des andern Anwendung finden können.[28] „Ebensowenig dürfte sich nachweisen lassen, daß die verschiedenartige Behandlung des Arbeitsvertrages, die in den Abschnitten über Dienst- und Werkvertrag angeordnet ist, von einem anderen Gegensatz, der sich innerhalb des Arbeitsvertrages aufstellen läßt, abhängig gemacht ist, so daß etwa Dienst- und Werkvertrag durch ein anderes Merkmal als die Gefahrtragung unterschieden werden könnten." Hieraus schließt er, „ist einmal an einzelnen Stellen die Notwendigkeit nachgewiesen, das für den Dienstvertrag Bestimmte auf den Werkvertrag zur Anwendung zu bringen oder umgekehrt, so ist damit die allerdings in erster Linie naheliegende Anschauung, daß das für den Dienstvertrag Gesagte nur für den Dienstvertrag, das für den Werkvertrag Bestimmte nur für den Werkvertrag gilt, widerlegt, und je mehr sich die Zahl von zulässigen Uebertragungen vergrößert, um so leichter wird man sich zu weiteren entschließen können".[29]

Hören wir erst einmal die Gegner dieser Ansicht,[30] von denen Lotmar an erster Stelle zu nennen ist. Sie berufen sich darauf, daß der Gesetzgeber im BGB. diese Verträge, als in den Rechtsfolgen verschiedene, in gesonderten Titeln aufgestellt hat, damit also hat zum Ausdruck bringen wollen, daß die Rechts-

---

27. Rümelin a. a. O. S. 243.

28. Rümelin a. a. O., S. 304.

29. Rümelin a. a. O., S. 303. Aehnlich Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 611.

30. Lotmar a. a. O. II S. 671, 825 ff. Planck II 3, 531, Schlegelberger „Landarbeiterrecht" Seite 53.

folgen, die dem einen gegeben sind, dem anderen aber nicht, diesem auch versagt sein sollen, besonders da hier die den Titeln zu Grunde liegenden Tatbestände auch in Wirklichkeit verschiedene seien.

Meines Erachtens ist dieses unrichtig, denn in den Titelscheidungen des BGB. ist es nicht begründet, daß die Vorschriften des einen Titels nicht in den andern aufgenommen werden können, dies ist nur dann der Fall, wenn die den Titeln zu Grunde liegenden Tatbestände auch in Wirklichkeit streng geschieden sind. Wie sehr sich aber die Tatbestände der beiden Verträge berühren, haben wir daran gesehen, daß ein Unterschied nur äußerst schwer festzustellen ist, und daß in den Fällen, wo die Gefahr eine minimale ist, auch nur ganz unwesentliche Unterschiede vorhanden sein können.

Ich trete also der Ansicht Rümelins bei und stelle folgenden Satz auf: „Die Vorschriften des Dienstvertrages können auch auf Verträge, die Werkverträge sind, und umgekehrt insoweit angewandt werden, als sie miteinander vereinbar sind und nicht der Wille der Parteien ausdrücklich oder sich aus dem Wesen des Vertrages ergebend entgegensteht."

Zu weit geht die Ansicht von Martius,[31] der auf Rümelins Ansicht aufbauend, behauptet, der Werkvertrag sei nur eine durch die besondere Gefahrtragung ausgezeichnete, bloße Abart des Dienstvertrages.

Fassen wir das Ergebnis unserer Betrachtungen in diesem Paragraphen zusammen:

Der Unterschied von Dienstvertrag und Werkvertrag ist in der verschiedenen Gefahrteilung begründet.

Die Tatbestände von Dienst- und Werkvertrag sind nicht so verschiedene, daß die Vorschriften der einen Vertragsart nicht auf die andere angewandt werden könnten.

§ 6. Stellung der Rechtsprechung und Literatur zur Frage der Unterstellung.

Da das Gesetz eine Subsumtion des gewerblichen Akkordvertrages nicht vornimmt, gehen die Ansichten der Literatur und Rechtsprechung darüber sehr auseinander.

Durch die Praxis der GG. ist versucht worden, eine Unterstellung vorzunehmen. Die Urteile der GG. geben aber nur die in ihrem engumgrenzten Bezirk aufgestellte Auffassung wieder.

---

31. Martius „Bergführervertrag" 1906 S. 18, 25, 85.

Es fehlt an einer höchsten Instanz der GG., die diese Frage einheitlich für das ganze deutsche Reich feststellen könnte.[32] Daher sind auch die Auffassungen der einzelnen GG. sehr verschieden, die überwiegende Mehrheit jedoch unterstellt den gewerblichen Akkordvertrag dem Dienstvertragsrecht. Aber auch hierbei gehen die Ansichten wieder auseinander; zum Teil wird er als reiner Dienstvertrag angesehen — so entschied z. B. das GG. Hamburg am 16. August 1901: „Das GG. erachtet den Akkordvertrag für einen Dienstvertrag" — zum Teil als eigenartigen Dienstvertrag — so im Urteil vom 4. August 1904[33] „Die Akkordvereinbarung ist nicht eine bloße Lohnberechnungsart, sondern ein selbständiger, eigenartiger Dienstvertrag". — Wenn das GG. den Ausdruck „selbständiger, eigenartiger Dienstvertrag" wählt, so versteht es hierunter nicht einen Dienstvertrag des BGB., sondern einen selbständigen Arbeitsvertragstyp, der nur Aehnlichkeiten mit dem bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrag aufweist. So folgert Wölbling[34] wenigstens aus diesem Urteil wie aus einem ähnlichen des GG. Berlin, vom 16. II. 1905, Nr. 10.

Wegen dieser Verschiedenartigkeit der Auffassungen lassen sich die gewerbegerichtlichen Entscheidungen nicht für eine klare Entscheidung der Subsumtionsfrage verwenden.

Die ordentlichen Gerichte haben sich aber nur selten mit Akkordstreitigkeiten zu befassen, teils weil die GG. zuständig sind, bei denen eine Berufung an die ordentlichen Gerichte wegen der geringen in Frage stehenden Summen (GGG. § 55 I Satz 2) nur wenig praktisch wird, teils weil außerhalb der Zuständigkeit der GG. Akkordstreitigkeiten seltene Erscheinungen sind. Also auch die ordentlichen Gerichte vermögen die Subsumtionsfrage nicht zu entscheiden.

Wie wird diese nun in der Literatur entschieden? Hier lassen sich drei verschiedene Richtungen unterscheiden, die wir im folgenden unter 1 — 3 in ihren Grundzügen angeben werden.

1. Einige sehen in jedem Akkordvertrage einen Werkvertrag, weil die Akkordabrede, nach der das Entgelt entsprechend dem

---

32. Auf diesen Mangel weist besonders Wölbling hin, „Akkord und Tarif", Vergl. auch Flesch in D. J. Z. XI, No. 16/17 S. 927. Ihrig a. a. O. S. 16.

33. Angeführt von Wölbling „Grundsätze des Akkordvertrages" in sozialer Praxis No. 5, S. 131.

34. Wölbling „Akkord- und Tarif" S. 99.

Arbeitsergebnis bezahlt wird, den Akkordvertrag zum Werkvertrag stempele.

2. Die andere Ansicht geht dahin, daß der gewerbliche Akkordvertrag ein selbständiger Arbeitsvertrag sei — allerdings mit Anklängen an den Dienstvertrag. — Für diese neue und unabhängige Vertragsart wählen sie die Bezeichnung „eigenartiger Dienstvertrag", der nicht dem Dienstvertrag untergeordnet, sondern gleichgestellt ist. „Der gewerbliche Akkordvertrag bildet in freier Anlehnung an das Gesetz einen neuen Begriff".[35]

3. Herrschende Ansicht geht dahin, daß der gewerbliche Akkordvertrag stets Dienstvertrag ist.

Dieser kurze Umriß gibt uns die Disposition, wie die Ergebnisse der Literatur im einzelnen betrachtet und untersucht werden sollen.

Rümelin[36] nimmt auch zu dieser uns vorliegenden Frage eingehend Stellung. Er geht davon aus, daß der Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag in der Gefahrtragung begründet ist. Nach ihm ist der Stücklohnvertrag derjenige Arbeitsvertrag, „bei dem der Arbeiter für das richtig hergestellte Stück bezahlt wird. Mißlingt die Herstellung des Stückes, so kommt es nicht darauf an, welches der Grund dafür ist, und der Stücklohnvertrag geht nicht etwa darauf, daß der Arbeiter Lohn erhält, wenn er omnis diligentia auf die Herstellung eines Stückes verwendet hat."[37] Diese Auffassung des Stücklohnvertrages entspräche in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle dem Parteiwillen. Ein Vergleich mit dem Werkvertrag, bei dem gemäß § 631 Erfolg geschuldet und bezahlt wird, läßt ihn dann den Schluß ziehen, daß ein Arbeitsvertrag mit Stücklohn stets Werkvertrag sein muß. Mit sehr scharfen Worten wendet er sich gegen entgegenstehende Ansichten:[38] „Die Behauptung, daß der Stücklohnvertrag ein Dienstvertrag sei, ist einfach falsch". Die Schlußfolgerungen Rümelins sind logisch und unbedingt richtig. Unrichtig sind aber m. E. die Voraussetzungen, auf denen sich seine ganze Entscheidung aufbaut, nämlich, daß beim Stücklohnvertrag der Parteiwille stets auf Erfolgshaftung gerichtet sei. Aus dem Vorhandensein eines Akkordes allein

35. Wölbling „Akkord und Tarif", Seite 99.

36. Rümelin a. a. O. S. 29.

37. Aus dieser Definition, die Rümelin für den Stücklohnvertrag gibt, sehen wir, daß er darunter jeden gewerblichen Akkordvertrag versteht und nicht die Form des Akkordvertrags, die wir als Unterart des gewerblichen Akkordes mit Stücklohnvertrag bezeichnen.

38. Rümelin a. a. O. Seite 30.

kann nicht ipso jure ein Gefahrtragungswille gefolgert werden,[39] vielmehr ist, damit er vorhanden ist, eine besondere Abmachung notwendig. Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Akkordes, der eine Form des Arbeitsvertrages ist, die erst in jüngerer Zeit neben die schon stets bestehende Zeitlohnform getreten ist. Beim Zeitlohnvertrag hat der Arbeitgeber durch auf seine Kosten zu bestellende Kontrolle der Arbeiter dafür zu sorgen, daß diese die Zeit auch mit Arbeiten ausfüllen, und daß während dieser Zeit auch etwas geschafft wird. Beim Akkordlohn ist eine solche Kontrolle überflüssig, weil der Arbeiter selbst an dem Fortschreiten der Arbeit Interesse hat, um seinen Lohn oder um höheren Lohn zu erhalten. Dazu kommt, daß jeder Mensch besser und schneller arbeitet, wenn er im eigenen Interesse arbeitet, als wenn er durch Beaufsichtigung dazu angehalten werden muß. Dem Arbeiter andererseits bietet das Akkordsystem die Möglichkeit seinen Lohnanspruch entsprechend seiner Geschicklichkeit und seinem Fleiße zu erhöhen, und hierin liegt sein Interesse und sein Vorteil beim Akkorde. Die Akkordform ist also von beiden Seiten, von der des Arbeitgebers und des -Nehmers, nur aus ökonomischen, nicht aus juristischen Gründen gewählt. Bei Abschluß des gewerblichen Akkordvertrages liegt es den Parteien vollkommen fern, durch Uebernahme einer Akkordarbeit das bestehende Dienstverhältnis aufzuheben und das Verhältnis eines Bestellers und Unternehmers derart zu begründen, daß der Arbeitgeber Besteller und der Arbeitnehmer Unternehmer im Sinne des § 631 ff wird. Der Arbeitgeber will Dienstberechtigter bleiben. Er will die Arbeitszeit auch beim Akkord bestimmen und das Direktionsrecht in der Hand behalten. Andererseits will der Arbeitnehmer auch die Erfolgshaftung nicht auf sich nehmen. Es ist daher unrichtig zu behaupten, daß der Parteiwille in der Mehrzahl der Fälle auf Erfolgshaftung gerichtet sei. Wohl wäre ein dahingehender Wille auf der Arbeitgeberseite verständlich, aber nie auf der Arbeitnehmerseite. Wenn es in den Gewerbebetrieben vielfach praktisch so gehandhabt ist, daß der Arbeiter auch bei unverschuldetem Mißlingen des Erfolges, z. B. bei Mangel des Stoffes, keinen Lohn erhalten hat, so kann dieses für uns nicht bestimmend sein. Daß der Arbeiter sich früher damit zufrieden erklärt hat und keine Klage angestrengt hat, war vielleicht in seiner wirtschaftlich schwachen Stellung begründet. Eine gerichtliche Entscheidung in diesem fraglichen Punkte ist mir nicht bekannt.

---

39. Vgl. Ihrig a. a. O. S. 22.

Da nun meistens eine Abrede über die Gefahrtragung fehlt, — und diese halten wir für unerläßlich, um das Vorliegen eines Werkvertrages annehmen zu können — wir ferner die Voraussetzungen der Rümelinschen Theorie — den auf die Erfolgshaftung gerichteten Parteiwillen — ablehnen, müssen wir auch seine Ansicht verwerfen, daß der Stücklohnvertrag stets ein Werkvertrag sei.

Rümelin selbst[40] findet sein Resultat unbillig: „Für die große Masse der Lohnarbeiter ist es schlechterdings ausgeschlossen, daß sie in weitem Umfange die Gefahr des Mißlingens ihrer Tätigkeit auf sich nehmen." Um so sonderbarer ist es, wenn er dieses selbst zugibt, daß er ihnen dann die Absicht, bei Vertragsschluß die Gefahrtragung zu übernehmen, unterschiebt. Er meint allerdings, die Gefahr sei für den Arbeiter gar nicht groß, denn meistens müßte auf irgend einer Seite ein Verschulden vorkommen. Industrie und Handwerk seien ihrer Technik so sicher, „daß bei richtiger Anwendung derselben ein Mißlingen ausgeschlossen sei".[41] Die unrichtige Anwendung sieht er dann meistens auf der Arbeitgeberseite liegen, wo dann der eingetretene Mißerfolg als von ihr verschuldet, auch von ihr vertreten werden müsse. Der Unterschied in der Gefahrtragung wäre also trotz Annahme eines Werkvertrages nicht groß.

Rümelin übersieht aber hier die Masse der Fälle, wo infolge Mangels des Materials, der als solcher nicht ohne weiteres erkennbar ist, qualitative oder quantitative Unterwirkung[42] eintritt. Es wäre doch verfehlt, in diesem Falle ein Verschulden des Arbeitgebers annehmen zu wollen.[43]

Die Wirkung wäre in diesem Falle, wollen wir Rümelin folgen und stets Werkvertrag annehmen, daß der Arbeiter seinen Lohn vollkommen einbüßt, während er bei Annahme eines Dienstvertrages für unverschuldete Unterwirkung keinerlei Nachteile hat.

Die sonstigen sozialen Mißstände, die dieses Resultat Rüme-

---

40. Rümelin a. a. O. S. 102/103.

41. Rümelin a. a. O. 69.

42. Qualitative und quantitative Unterwirkung ist das Zurückbleiben des Arbeitserfolges hinter dem normalen Ergebnis an Güte oder Umfang.

43. Alwin Körsten in Sozialistischen Monatsheften 1905 II. S. 433 „Wie kann der Gürtler, Drucker, Hobler, Schlosser usw. für den Erfolg einstehen, wenn sich während der Arbeit allerlei Guß-, Walz- und andere Fehler herausstellen, die vorher nicht ersichtlich waren und immer zum Streit Anlaß geben, da niemand genau die Ursache der Fehler kennt."

lins zeitigt, nämlich daß der Werkvertrag nicht die Schutzbestimmungen der §§ 616—18 BGB. enthält, überbrückt Rümelin dadurch, daß er die Vorschriften des Dienstvertrags auf Werkverträge Anwendung finden läßt, eine Möglichkeit, von deren Vorhandensein auch wir überzeugt sind. (vgl. § 5). Im Ergebnis nähert sich Rümelin also den beiden anderen Ansichten.

Die Ansicht, daß der gewerbliche Akkordvertrag ein eigenartiger Dienstvertrag im Sinne einer selbständigen Vertragsart ist, wird hauptsächlich von Paul Wölbling vertreten. Diese Ansicht hat er außer in verschiedenen kleineren Aufsätzen in seinem Gutachten für den 28. deutschen Juristentag[44] und in seinem Buche „Der Akkordvertrag und der Tarifvertrag" niedergelegt.

Er sieht den wesentlichen Unterschied zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag darin, daß bei ersterem ein persönliches Verhältnis[45] für eine bestimmte Dauer zwischen den Parteien besteht, während dieses beim Werkvertrag fehle, dessen Gegenstand einzig und allein in der Herbeiführung eines beabsichtigten Erfolges bestehe. Die Folge des persönlichen Verhältnisses sei die Fürsorgepflicht und das Direktionsrecht des Arbeitgebers. Da der gewerbliche Akkordvertrag ebenfalls ein solches persönliches Verhältnis mit ähnlichen Folgen erfordere,[46] könne er nie Werkvertrag sein.[47] Aus der Aehnlichkeit des Akkordvertrages mit dem Dienstvertrage ergebe sich aber notwendig, daß eine Anzahl von dessen Vorschriften analog angewendet werden müßten, z. B. die Leistung der Dienste in Person, die mangelnde Uebertragbarkeit des Anspruchs auf diese (§ 613 BGB.), die Kündigung (§ 620 BGB.), den Ausschluß der Zwangsvollstreckung auf Leistung von Diensten (§ 888 ZPO.), die Nichttragung der Gefahr von Seiten des Akkordarbeiters. Da dem Arbeitgeber aber nicht, wie beim Zeitlohnvertrag, den er dem Dienstvertrage gleichsetzt, ein unbeschränktes Direktionsrecht zustände, sondern die Stellung des Arbeiters eine freiere sei, ferner auch der Erfolg der Arbeit für die Höhe der Vergütung den alleinigen Maßstab bilde, sei der gewerbliche Akkordvertrag kein eigentlicher Dienstvertrag, sondern nur ein diesem ähnlicher und gleichgestellter neuer Vertragstypus. Was er sich unter diesem Vertrag vorstellt, und welche Vorschriften er auf ihn angewandt wissen will, geht aus

---

44. Verhandlungen für den 28. Deutschen Juristentag I S. 201.
45. Wölbling Gutachten S. 246 „Akkord und Tarif" S. 73.
46. „Akkord und Tarif" S. 76., Gutachten S. 246.
47. „Akkord und Tarif", S. 73.

einer Tabelle, die er in seinem Gutachten[18] aufgestellt hat, hervor. Hierin stellt er Dienstvertrag, Werkvertrag und Akkordvertrag vergleichend gegenüber. Ein großer Teil der Dienstvertragsvorschriften, aber auch einige des Werkvertrages finden danach auf den Akkordvertrag Anwendung. Von den Bestimmungen des Dienstvertrages nimmt er besonders die der §§ 615, 617, 618 BGB. aus, deren Anwendung er „wörtlich jedenfalls unter keinen Umständen"[49] für möglich hält.

Um die Richtigkeit der Wölblingschen Ansicht zu prüfen, haben wir zunächst zu untersuchen, ob das persönliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und -Nehmer, das Wölbling als Unterscheidungsmerkmal von Dienst- und Werkvertrag hinstellt, in den §§ 611 und 631 BGB begründet ist, d. h. ob es sich auf den Tatbestand stützt; denn dieser allein ist für die Frage ausschlaggebend. Dieses ist nicht der Fall. Wölbling verfolgt die von uns schon oben verurteilte Methode, daß er die Unterscheidungsmerkmale aus den Rechtsfolgen herleitet, denn weil ein Dienstvertrag vorliegt und kein Werkvertrag, ist ein persönliches Verhältnis vorhanden und nicht umgekehrt.

Wenn wir auch das Vorhandensein eines persönlichen Verhältnisses nicht bestreiten, müssen wir den Weg Wölblings, hieraus zu folgern, daß ein Dienstvertrag vorliegt, verurteilen.

Seine Bedenken, den Akkordvertrag direkt dem Dienstvertragsrecht zu unterstellen, die ihn veranlassen, in ihm einen neuen Vertragstypus zu erblicken, beruhen darauf, daß beim Akkord eine Wechselwirkung zwischen Erfolg und Vergütung bestehe, und daß diese Wechselwirkung durch das Dienstvertragsrecht in keiner Weise geregelt sei; auch sei das Direktionsrecht des Arbeitgebers beim Akkorde eingeschränkt. Hiergegen ist vorzubringen, daß laut § 623 BGB. die Vergütung nicht lediglich nach Zeitabschnitten bemessen zu werden braucht und dadurch die Akkordform auch beim Dienstvertrag durch den Gesetzgeber als möglich hingestellt ist. Daß natürlich die Akkordabrede gewissen Einfluß auf den Dienstvertrag ausübt, wird nicht bezweifelt, berechtigt aber nicht zu der Schlußfolgerung, daß deshalb eine Unterstellung des Akkordvertrages unter den Dienstvertrag unmöglich sei. Zu dieser Ansicht kann uns auch nicht der Umstand bringen, daß beim Akkorde dem Arbeitgeber nicht im selben Umfang das Direktionsrecht zusteht, denn dieses ist durch das Dienstvertragsrecht keineswegs für alle Dienstverträge durch be-

48. Wölbling Gutachten S. 237—44.
49. Wölbling „Akkord und Tarif" S. 85.

stimmte Normen gleichmäßig festgestellt, sondern kann beliebig durch Parteivereinbarungen beschränkt oder erweitert werden. Eine dahingehende Parteivereinbarung ist aber in dem Abschluß eines Akkordvertrages enthalten. Also auch dieser Grund Wölblings ist bedeutungslos.

Die herrschende Ansicht steht auf dem Standpunkt, daß der gewerbliche Akkordvertrag stets[50] oder doch wenigstens regelrecht[51] dem Dienstvertragsrecht unterliegt.

Die Gründe jedoch, die für die Natur des gewerblichen Akkordvertrages als Dienstvertrag angeführt werden, sind größtenteils den Rechtsfolgen entnommen, ein Verfahren, das, wie wir oben gesehen haben, nicht zu einem entscheidenden Ergebnis führen kann. (So sieht Stadthagen in ihm deshalb einen Dienstvertrag, weil die Parteien sich nicht wirtschaftlich selbständig gegenüberstehen.) Von anderen wieder werden nur Zweckmäßigkeitsgründe angeführt, ohne den Kernpunkt der Frage zu treffen. So wird festgestellt, daß manche Vorschriften des Werkvertrages gar nicht auf den gewerblichen Akkord anwendbar seien, wie z. B. das Kündigungsrecht des Bestellers oder die durch § 644 BGB. dem Unternehmer auferlegte Gefahr.

Eine besondere Stellung nimmt Lotmar[52] ein. Zunächst vergleicht auch er die Vorschriften, die die Gew.-O. enthält, mit den Dienstvertragsvorschriften. Hierbei stellt sich heraus, daß sie große Aehnlichkeiten aufweisen, z. B. § 113 Gew.-O. mit § 630 BGB., § 120 a — e Gew.-O. mit § 618 BGB., während sie zum größten Teil nicht in das Werkvertragsrecht hineinpassen, wie besonders die Kündigungsvorschriften der Gew.-O.

Die bisher angeführten Gründe hält er jedoch selbst nicht für vollbeweiskräftig. Sie unterstützen ihn nur „in der Annahme, daß der gewerbliche Arbeitsvertrag auch als Akkord dem Werkvertragsrecht fernsteht".[53] Bedeutsamer ist folgendes von ihm angeführtes Moment. Innerhalb des Spezialrechts der Gew.-O. seien die Akkorde den Zeitlohnverträgen völlig gleichgestellt, namentlich in bezug auf Arbeitszeit, Zahlungszeit, Fürsorge und Arbeitsordnung. Zeitlohnverträge seien jedoch ohne jeden Zweifel stets Dienstverträge. „Es würde deshalb als eine durch nichts begründete Inkonsequenz erscheinen, wenn das Gesetz Werk-

50. Lotmar a. a. O. II, S. 899 ff. Sigel a. a. O. S. 9—10. Stadthagen a. a. O. S. 100—102, sowie die bei Lotmar a. a. O. II. S. 901 Anm. 2 zitierten.

51. Bernhard a. a. O. S. 212. Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 611 2 a in Verbindung mit 1 c und Vorbem. zu § 631 1 a Abs. 2.

52. Lotmar a. a. O. II. S. 899 ff.

53. Lotmar a. a. O. II. 899 fg.

statt- und Fabrikarbeiter .... nach Dienst- oder Werkvertragsrecht behandelt wissen wollte, je nachdem ihr gewerblicher Arbeitsvertrag Zeitlohn oder Akkordform hat".[54] Es wäre doch recht sonderbar und schwer durchführbar, wenn in den zahlreichen Fällen, wo in der nämlichen Werkstatt, Fabrik oder Werft etc. Zeitlöhner und Akkordlöhner als Arbeitnehmer eines und desselben Arbeitgebers nebeneinander arbeiten, auf die Zeitlohnverhältnisse das Dienstvertragsrecht, auf die Akkordverhältnisse das Werkvertragsrecht subsidiär angewandt werden könnte oder gar anzuwenden wäre. Völlig widersinnig aber wäre es, auf die Arbeitsverhältnisse eines und desselben Arbeitnehmers, der bei einem und demselben Arbeitgeber in Arbeit steht, heute die Bestimmungen des Dienstvertrages, morgen die des Werkvertrages zur Anwendung zu bringen, je nachdem er heute in Zeitlohn, morgen in Akkord arbeitet.[55]

Bis hierher stimmen wir Lotmars Beweisführung vollkommen bei, seinen weiteren Ausführungen können wir jedoch nicht beipflichten.

Er sieht nämlich das für die Subsumtion unter das Dienstvertragsrecht entscheidende Tatbestandsmerkmal darin, daß die gewerbliche Arbeit einem Gewerbetreibenden für dessen Gewerbebetrieb zugesagt werde. Da nun die Zugehörigkeit des Arbeitgebers, die den gewerblichen Arbeitsvertrag kennzeichne, eine Art Geschäftsmäßigkeit sei, müsse nach der von ihm aufgestellten Regel:[56]

> „Der Akkord, den der Arbeitgeber in seinem Geschäftsbetrieb abgeschlossen hat, ist nach Dienstvertragsrecht, jeder andere nach Werkvertragsrecht zu behandeln".

auch der gewerbliche Akkordvertrag dem Dienstvertragsrecht und nicht dem des Werkvertrages unterstehen.

Im folgenden sei nachgeprüft, ob diese Regel Lotmars richtig ist oder nicht. Der Weg, den Lotmar eingeschlagen hat, um die Unterscheidungsmerkmale vom Dienst- und Werkvertrag festzustellen, ist der richtige, da er sie auf den Tatbestand abstellt. Da ihm das durch die Motive aufgestellte Unterscheidungsmerkmal — Arbeit als solche im Gegensatz zum Arbeitserfolg — nicht genügt, und da er die Verschiedenartigkeit der Gefahrtragung

---

54. Vgl. Anm. 53.

55. Ihrig a. a. O., S. 34—35.

56. Lotmar a. a. O. II. S. 903, Staudinger a. a. O. Vorbem. zu 631 III 1 schließt sich Lotmar an.

— die wir auf Rümelins Wegen schreitend als wesentlichsten Unterschied festgestellt haben — als auf die Rechtsfolgen abgestellt ablehnt, kommt er zu dem Schluß, daß Werkvertrag und Dienstvertrag nach BGB überhaupt nicht abgrenzbar sind. Der Gesetzgeber habe versäumt, ein Tatbestandsmerkmal anzugeben, nach welchem überhaupt oder im gegebenen Fall zwischen den zwei Rechtsordnungen zu wählen sei.[57] Dieses im BGB. fehlende Tatbestandsmerkmal sucht er nun aus anderen, sonderrechtlich geregelten Arbeitsverträgen zu finden. Er stellt fest, daß der Handlungsgehilfen-Vertrag (mit Provision), des Seekapitäns (in Bausch und Bogen), die Heuerverträge der Schiffsmannschaft und des Schiffsoffizieres (Bausch und Bogen),[58] die nach dem BGB. dem Werkvertragsrecht zuzuteilen seien, durch Spezialgesetze zu Dienstverträgen gestempelt sind. In allen diesen Akkordverträgen findet er außer dem gesetzlichen Tatbestand des Dienstvertrages als besonderes Tatbestandsmerkmal die Geschäftsmäßigkeit, d. h. daß die Verträge vom Arbeitgeber innerhalb eines von ihm betriebenen Geschäftes in Ausübung solchen Betriebes, also geschäftsmäßig, abgeschlossen werden. Er glaubt nun, daß dieses Tatbestandsmerkmal die Verträge zu Dienstverträgen macht, und kommt so zur Aufstellung seiner Regel, die den Vorzug habe, überall und einfach angewandt werden zu können — „die Regel für die Rechtstellung der Akkorde ist ferner einfach".[59]

Ihre Anwendung wird meistens zu dem richtigen Ergebnis führen, aber sie ist, wie im folgenden auszuführen ist, doch nicht einwandfrei.

Sehen wir zunächst davon ab, daß die Ansicht Lotmars von uns schon allein aus dem Grunde abzulehnen ist, weil er glaubt, durch das BGB. sei ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienst- und Werkvertrag nicht gegeben, während wir den Unterschied darin erblicken, daß aus § 631 BGB im Gegensatz zum Dienstvertrag nach § 611 BGB. zu folgern ist, daß der Arbeitnehmer des Werkvertrages die Gefahr übernimmt.

Wenn Lotmar als Unterscheidungsmerkmal die Geschäftsmäßigkeit hinstellt, so unterstellt er damit dem Gesetzgeber, daß dieser den Dienstvertrag als privilegierte Vertragsart gewisser Personenklassen — d. h. derjenigen, die gewerbsmäßig handeln — hinstellen will. Dieses ist aber gewiß nicht die Absicht des

57. Lotmar a. a. O. II. S. 886.

58. Die in Klammern stehenden Zusätze zeigen, daß es sich um Akkordverträge handelt.

59. Lotmar a. a. O. II. S. 904.

Gesetzgebers gewesen und durch das Gesetz selbst auch nicht zu begründen.

Aber auch noch andere Bedenken hat die Anwendung der Lotmarschen Regeln. Folgen wir ihr, so zerreißen wir die Akkordverträge eines und desselben Arbeitsgebers, indem wir bald die Vorschriften des Dienstvertrages, bald die des Werkvertrages anwenden, je nachdem ob der Arbeitgeber die Verträge im Betriebe seines Geschäftes oder als Privatmann abgeschlossen hat. Zu welch widersinnigem Ergebnis man dann kommen würde, mag folgendes Beispiel zeigen. Läßt sich ein Kaufmann für seinen Laden bei einem Tischler 4 Tische und für seine Privatwohnung 2 Tische herstellen zu je 50 M., so liegt hier nach Lotmars Auffassung im ersten Fall ein Dienstvertrag im andern ein Werkvertrag vor.

Mit Ihrig[60] sei endlich auch noch folgendes gegen Lotmar angeführt. Lotmars Regel „muß umsomehr der Ablehnung verfallen, als die Einteilung nach der jeweiligen Stellung des Arbeitgebers nicht angängig ist. Während der Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag seine Arbeit (gewissermaßen einen Teil seiner selbst) verspricht und in Erfüllung desselben auch hingibt, verspricht der Arbeitgeber nur Geld (oder eine sonstige Sachleistung). Mir scheint, die Subsumtion darf sich nur richten nach der Stellung derjenigen Partei, die das Wertvollste hingibt, in unserm Falle nach der Stellung des Arbeitnehmers".

Also ist auch Lotmars Ergebnis als auf falschen Voraussetzungen beruhend, zu verwerfen.

Wenn wir auch Ihrigs Ansicht, daß die Einteilung der Akkordverträge sich nicht nach der Stellung des Arbeitgebers richten darf, teilen, müssen wir doch die von ihm aufgestellte Regel:[61]

> „Das Werkvertragsrecht regelt die Angestellten-Arbeitsverträge (ohne Rücksicht darauf, ob Zeitlohn oder Akkordverträge vorliegen), das Werkvertragsrecht die Arbeitsverträge der Unternehmer"

ablehnen.

Das Verfahren, das ihn zu diesem Ergebnis bringt, ähnelt dem Lotmarschen. Nur stellt er seine Untersuchungen auf der Arbeitnehmerseite an. Nach einem Vergleich aller Angestellten-Arbeitsverträge, die eine Sondernormierung durch das Gesetz er-

60. Ihrig a. a. O. S. 31
61. Ihrig a. a. O. S. 33.

halten haben, stellt er fest, daß sie alle der Akkordform zugängig sind und ebenfalls alle Dienstverträge im Sinne des § 611 BGB. sind.[62] Hieraus schließt er, daß das Dienstvertragsrecht die Akkordform zulasse, und daß alle übrigen sonderrechtlich nicht geregelten Angestellten-Arbeitsverträge, gleichgültig ob in Zeitlohn- oder in Akkordform, dem Dienstvertragsrecht zu unterstellen sind.

Wir haben schon oben die Auffassung, daß der Gesetzgeber unter „Unternehmer" nur den Unternehmer im nationalökonomischen Sinne versteht, als irrig zurückgewiesen, und schon deshalb ist die Auffassung Ihrigs abzulehnen. Im übrigen lassen sich aber auch alle Gründe, die gegen Lotmars Regel sprechen, auch gegen seine Ansicht anführen. Denn Ihrig läßt bei seiner Entscheidung die verschiedene Gefahrverteilung bei beiden Verträgen unberücksichtigt, und auch er will das Dienstvertragsrecht nur auf eine bestimmte Personenklasse — nämlich die Angestellten — beschränken, andererseits das Werkvertragsrecht nur den Unternehmern vorbehalten. Wir betonen nochmals, daß es dem Gesetzgeber ferngelegen hat, mag es nun auf der Arbeitgeber- oder -Nehmerseite sein, diese Vertragsarten lediglich für einen bestimmten Kreis von Personen zu schaffen.

§ 7. Eigene Ansicht.

Wenn auch unsere eigene Ansicht über die Subsumtion des gewerblichen Akkordvertrages sich schon aus dem Vorhergehenden ergibt, sei sie doch noch einmal zusammengefaßt und ergänzt, sowie im Einzelnen begründet. Dies erfordert die Wichtigkeit der uns vorliegenden Frage, und deshalb sind auch unvermeidliche Wiederholungen mit in den Kauf zu nehmen.

Wir haben gezeigt, daß ein Arbeitsvertrag in Akkordform Dienstvertrag oder Werkvertrag sein kann. Die Frage, welcher dieser beiden Vertragsarten er im einzelnen zu unterstellen ist, ist genau so zu entscheiden, wie die Frage, welchem Vertragstyp ein Arbeitsvertrag ohne Rücksicht auf Zeitlohn- oder Akkordlohnform unterfällt.

Lotmars Gründe, die auf der Aehnlichkeit der Vorschriften der Gew.-O. mit denen des Dienstvertrages und auf ihrem Gegensatz zu denen des Werkvertrages beruhen, lassen sich wohl dafür anführen, daß der gewerbliche Akkordvertrag dem Dienstvertragsrecht subsumiert werden muß. Entscheidend sind diese Gründe

62. Ihrig a. a. O. S. 37.

jedoch nicht. Das einzige entscheidende Tatbestandsmerkmal liegt vielmehr in der Entscheidung der Frage, ob das Hauptinteresse der Partei auf die Dienste oder die Arbeit, oder ob es auf das Arbeitsergebnis gerichtet ist, mit anderen Worten, ob die Parteivereinbarung dahin geht, daß der Arbeitnehmer die Gefahr übernehmen soll oder nicht.

Da bei manchen Verträgen als Unterscheidungsmerkmal deutlicher der auf die Arbeit oder das Arbeitsergebnis, bei anderen deutlicher der auf die Gefahrtragung gerichtete Parteiwille erkennbar ist, wollen wir zum Beweise der Unterstellung unter das Dienstvertragsrecht beides prüfen, einmal ob der wesentliche Inhalt des gewerblichen Akkordvertrages die Arbeit selbst ist, andererseits ob der Arbeitnehmer die Gefahr nicht übernommen hat. Genügend für den Beweis, daß der gewerbliche Akkordvertrag Dienstvertrag ist, ist die Bejahung einer dieser Fragen, da daraus eine zustimmende Antwort auf die andere Frage zu schließen ist. Können wir jedoch beide Fragen bejahend beantworten, so ist der Beweis kräftiger und einleuchtender.

In den gewerblichen Betrieben ist die Akkordform eingeführt, um eine Steigerung der Arbeitsleistung des Arbeiters sowie eine seinem Fleiße entsprechende Lohnerhöhung herbeizuführen. Eine Aenderung des Inhalts des gewerblichen Arbeitsvertrages, der in seiner bis dahin üblichen Zeitlohnform zweifellos Dienstvertrag war, war nicht die Absicht der Parteien. Es läßt sich also auch durch die Einführung des Akkordes nicht nachweisen, daß nicht mehr die Arbeit an sich, sondern das Arbeitsergebnis den Inhalt des Vertrages ausmache. Daß auch weiterhin das Interesse der Parteien hauptsächlich auf die Dienste gerichtet war und ist, zeigt der Umstand, daß verschiedene Fabriken[63] schon vor der Revolution, ja schon vor dem Kriege ihren länger im Betriebe tätigen Arbeitern jedes Jahr Ferien von gewisser Dauer gaben und sie auch während dieser Zeit entlohnten, und zwar entsprechend dem durchschnittlich während der letzten 4 Wochen verdienten Akkordlohn. Bei lediglich auf das Arbeitsergebnis gerichtetem Parteiwillen wäre diese Maßnahme unerklärlich. Heutzutage ist diese Forderung auf Urlaub überall obligatorisch durch Tarifverträge eingeführt worden.

Uebernimmt nun bei Abschluß eines gewerblichen Akkordvertrages der Arbeitnehmer die Gefahr? Wir haben dieses schon bei der Erörterung der Rümelinschen Ansicht entschieden verneint und dabei betont, daß es aus dem Wesen des gewerblichen Akkord-

63. Z. B. nachweislich in Hannover.

vertrages nicht geschlossen werden könnte. Vielmehr müsse eine solche Gefahrübernahme ausdrücklich vereinbart sein, falls sie Gültigkeit haben sollte.

Wir haben nun weiterhin zu prüfen, ob der gewerbliche Arbeiter überhaupt, d. h. ausdrücklich, die Gefahr für das Gelingen seiner Arbeit mit Rechtswirksamkeit übernehmen k a n n.

Im Titel 7 der Gew.-O. ist kein Hinweis enthalten, daß eine solche Uebernahme ausgeschlossen ist. Es ist im Gegenteil im § 105 gesagt: „Die Festsetzung des Verhältnisses zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und den gewerblichen Arbeitern ist, vorbehaltlich der durch Reichsgesetze begründeten Beschränkungen, Gegenstand freier Uebereinkunft."

Auch andere gewerberechtliche Bestimmungen — z. B. über Auflösung des gewerblichen Arbeitsverhältnisses — stehen der Gefahrübernahme nicht entgegen. Auch die Lohnvorschriften regeln nur die Verhältnisse des schon bestehenden Lohnanspruchs, setzen aber nicht den Zeitpunkt fest, in dem ein solcher entsteht, können uns also für die Beantwortung unserer Frage keine Anhaltspunkte geben.

Auch die anderen reichsgesetzlichen Lohnschutzbestimmungen der Lohnbeschlagnahmegesetze gewähren nur dem schon verdienten Lohn ihren Schutz, sind also von uns nicht zu verwerten.

Es ist also festgestellt, das gesetzlich den gewerblichen Arbeitern die rechtliche Möglichkeit nicht genommen wird, die Gefahr zu übernehmen.

Es fragt sich nun, ob durch § 138 Abs. 1 BGB. die Gefahrübernahme für den Arbeitnehmer unmöglich gemacht wird. Hiernach sind Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, nichtig. Es ist also zu prüfen, ob darin, daß dem Arbeitnehmer die Erfolgshaftung vertraglich zugesprochen wird, ein Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken ist.

Nach herrschender Ansicht[64] verstößt ein Vertrag gegen die guten Sitten, wenn nach den augenblicklichen Anschauungen des sozialen Kreises, innerhalb dessen er geschlossen ist, durch seinen Abschluß ein Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken ist.

Der gewerbliche Akkordvertrag wird jedoch von Parteien abgeschlossen, die völlig verschiedenen Gesellschaftsklassen angehören. Ihre Ansichten über diesen Vertrag stehen daher in scharfem Widerspruch. Die Mehrzahl der Arbeitgeber wird im Gegensatz zur Masse der Arbeitnehmer in seinem Abschluß keinen Verstoß gegen die guten Sitten erblicken. Wegen dieses Gegen-

64. Vgl. Staudinger a. a. O. I., S. 474 zu § 138

satzes kann die Auffassung der sozialen Kreise, innerhalb derer der gewerbliche Akkord abgeschlossen wird, nicht maßgebend sein, vielmehr muß hier die über den Anschauungen der Parteien stehende allgemeine Volksmoral bestimmend sein. Nach RGE.[65] ist „der Maßstab für den Begriff der guten Sitten . . . . dem herrschenden Volksbewußtsein zu entnehmen — dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden".

Wir können nun nicht, wie es eigentlich erforderlich wäre, zur Beurteilung der uns vorliegenden Frage die heutigen Verhältnisse, die durch den Krieg und die Revolution bedingt sind, und nur den Uebergang zu ordentlichen und gesunden Verhältnissen bilden können, zu Grunde legen. Unter den heutigen Verhältnissen, wo der Arbeiter einen Lohn erhält, der dem Gehalt eines Richters, der z. B. als Grundbuchrichter in ganz anderem Maße[66] haftbar gemacht wird, entspricht, würde man natürlich keinen Verstoß gegen die guten Sitten in der Gefahrübernahme erblicken können. Legen wir jedoch die früheren Verhältnisse — und in der Zukunft werden sie für die Arbeiter eher schlechter als besser sein — zu Grunde, wo der Arbeiter durch seine Arbeit nur den notdürftigsten Lebensunterhalt für sich und die Seinen erwarb und von der Hand in den Mund lebte, so muß man dann allerdings eine Verletzung der Volksmoral darin erblicken, daß er die Erfolgshaftung übernimmt und damit evtl., d. h. wenn infolge irgend welcher Umstände der Erfolg ausbleibt, auf längere Zeit auf seine regelmäßige Einnahme verzichtet und nur dann sichergestellt ist, wenn seine Arbeit auch stets von Erfolg begleitet ist.[67]

Es sind demnach gewerbliche Akkordverträge, in denen der Arbeiter ausdrücklich die Gefahr übernimmt, nach § 138 BGB. als nichtig, evtl. nach § 140 als Dienstverträge anzusehen. Wir kommen also zu demselben Ergebnis wie die herrschende Ansicht nur auf anderem Wege.

„Jeder gewerbliche Akkordvertrag ist dem Dienstvertragsrechte zu unterstellen."

---

65. RGE. in Zivilsachen Bd. 48. S. 124.

66. Wenn allerdings auch nur für Verschulden.

67. Vgl. Geßler „Das Recht des gewerblichen Akkordvertrages" in Rechtspflege in Bayern, Jahrg. 3 No. 7.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich, Max Streckwald, am 19. September 1892 in Bremen als Sohn des Kaufmanns Carl Streckwald und seiner Ehefrau Lina geb. Suhr. Ich bin evangelisch-lutherischer Religion.

Bis zum Sommer 1905 besuchte ich das Gymnasium in Bremen. Meine Eltern verzogen dann nach Hannover. Dort wurde ich im Kaiser-Wilhelms-Gymnasium aufgenommen und erlangte auf ihm im Februar 1911 das Zeugnis der Reife.

Meine juristische Vorbildung erhielt ich auf den Universitäten Freiburg im Breisgau, München und Gottingen. Durch den Krieg wurde mein Studium unterbrochen und im August 1914 trat ich als Kriegsfreiwilliger in das Feldartillerieregiment v. Scharnhorst No. 10 ein, kam im Februar 1915 ins Feld zur reitenden Abteilung dieses Regiments und wurde im Juni 1916 zum Leutnant der Reserve befördert. Im Januar 1919 wurde ich entlassen und nahm im Februar mein Studium in Göttingen wieder auf.

Am 28. Juni 1919 bestand ich in Celle das Referendarexamen und wurde als Referendar am Amtsgericht Burgwedel angestellt.

Im Herbst fertigte ich vorliegende Dissertation an und bestand die mündliche Prüfung am 20. Dezember 1919.